

University of Groningen

De Privy Council, Charles Du Moulin en Romeins recht

Brandsma, Frits

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Brandsma, F. (2016). De Privy Council, Charles Du Moulin en Romeins recht. Groninger Opmerkingen en Mededelingen, 33, 33-46.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De Privy Council, Charles Du Moulin en Romeins recht*

1.

Charles Du Moulin had zich voorgenomen zijn leven volledig te wijden aan de rechtswetenschap.¹ Zijn manier van leven was streng en sober. Hij verkoos de eenzaamheid van het studeervertrek boven het genot van publieke en particuliere conversaties. Hij wilde werken voor zijn lezerspubliek, zoals hij zelf zei. Daarvoor wilde hij al zijn tijd gebruiken. Tijd anders besteed achtte hij verloren tijd. Ergens in zijn aantekeningen merkt hij op dat zijn angst voor tijdverspilling zo ver ging dat hij besloot, in strijd met de mode van die dagen, zonder baard door het leven te gaan om geen tijd te hoeven besteden aan de verzorging van een lange baard. Op die manier kostte hem het ochtendtoilet de minste tijd. Deze wijze van leven liet hem al helemaal geen tijd om in het huwelijk te treden, zo dacht hij. Hij had tot zijn vijfendertigste zelfs gemeend dat het huwelijk verderfelijk was, maar spoorde daarna kuise en godvrezende jongelieden aan niet in de fout te vervallen die hij tot zijn schade gemaakt had. Hij meende te kunnen bestaan op de inkomsten van zijn adviespraktijk en de beloning van zijn lezerspubliek. Hij schonk daarom in oktober 1531 vrijwel zijn volledige, van zowel zijn vader als moeder geërfde, vermogen aan zijn geliefde jongere broer Ferry om het deze mogelijk te maken een voordelig huwelijk aan te gaan. Hij behield slechts zijn boeken, zijn kleren en andere persoonlijke noodzakelijkheden, samen met wat hij noemde de vruchten van zijn geest.

Schenken zijn zelden alleen bedoeld om de begiftigden te bevoordelen. Schenkers verwachten weliswaar geen afdwingbare juridische verplichtingen in ruil voor hun vrijgevigheid, maar doorgaans wel dankbaarheid en de daarmee samenhangende sociale verplichtingen. Het kan derhalve onverstandig zijn een schenking te aanvaarden, hoe aantrekkelijk de verkrijging van iets voor niets op het eerste gezicht ook moge lijken te zijn. Ook de schenker kan echter bedrogen uitkomen in zijn verwachtingen van dankbaarheid. Zo ook Charles Du Moulin, hoewel juist hij misschien beter had moeten weten.

* Op 27 december 2016 was het vierhonderdenvijftig jaar geleden dat Charles Du Moulin stierf. Vgl. Martin Gebauer, 'Charles Du Moulin zum 450. Geburtstag', in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2016, p. 928 e.v. Dit artikel werd in een enigszins bewerkte Engelse vertaling gepubliceerd in: *JUS Rivista di Scienze giuridiche*, 1 (2015), p. 73-88.

1 Het verhaal dat nu volgt is ontleend aan Julien Brodeau, *La vie de maistre Charles Du Molin, advocat au parlement de Paris*, Parijs 1654, p. 17-27, 60-64, en is gebaseerd op uitspraken van Charles Du Moulin die hij verspreid over zijn werken gedaan heeft. Vgl. Gert Meyer, *Charles Du Moulin, Ein führender französischer Rechtsgelehrter*, Nürnberg 1956, p. 27 e.v., 35, en Jean-Louis Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la renaissance*, Genève, 1980, p. 26 e.v., 181.

Broer Ferry had dankzij de schenking van Charles op 2 februari 1535 een huwelijk kunnen sluiten met Marguerite Maillart, de dochter van een officier van justitie, *lieutenant criminel*, bij het *Châtelet* van Parijs. Bij die gelegenheid werd een huwelijkscontract gesloten, waarin Charles zijn schenking bekrachtigde. In de twee daarop volgende jaren, 1536 en 1537, moest Charles zijn werk aan het commentaar op de *Coûtume de Paris* staken vanwege de oorlogshandelingen tussen keizer Karel V en koning Frans I. Zijn inkomsten liepen terug en zijn broer begon zich ondankbaar te betonen. Charles moest zelfs uitstel van betaling aanvragen voor schulden die hij was aangegaan voor zijn broer. Charles begon te klagen over onrecht dat hem was aangedaan. Hij werd ook nog bestolen door één van zijn bedienden. Hij was triest, eenzaam en zijn gezondheid ging achteruit.

Charles besloot, mede op aanraden van zijn vrienden, de strenge teugels van zijn levensstijl enigszins te laten vieren en het celibaat in te ruilen voor de huwelijkse staat. Ook voor deze beslissing gaf hij als belangrijkste overweging op de hervatting van zijn studies. Van de partijen die hem waren voorgesteld, allen welvermogend en bereid hem op zeer gunstige voorwaarden te huwen, koos hij Louise de Beldon, een meisje dat een eerbare man kon behagen, wat betreft geboorte en afkomst, en bovendien van een leeftijd overeenkomstig de zijne, wat nooit weg is. Zij was de dochter van Jean de Beldon, secretaris van de koning en griffier bij het Parlement van Parijs. Hij huwde haar begin 1538. Zij bracht een middelmatige bruidsschat in, die echter voldoende was voor gang van de huishouding en om zijn schulden af te lossen. Hij prees haar deugd en haar aangename humeur en noemde haar de trouwe metgezel van zijn studies. Zij deed de huishouding en verzorgde de drie kinderen die er inmiddels waren gekomen, om hem het werken mogelijk te maken. Ook nooit weg.

Charles deed wat een goed huisvader onder die omstandigheden behoort te doen, zoals zijn biograaf Brodeau opmerkt, en herriep de schenkingen die hij aan Ferry had gedaan. In de eerste plaats beriep hij zich op de ondankbaarheid van Ferry, maar hij was zo verstandig voor een tweede anker te gaan liggen. Hij beriep zich op de *lex si umquam*, C.8,55,8, die de herroeping van schenkingen na het onverwacht krijgen van kinderen onder bepaalde omstandigheden toeliet. Hij schreef er ook maar gelijk twee verhandelingen over. In eerste instantie werd zijn eis tot teruggave van het geschonken vermogen afgewezen, maar het Parlement van Parijs wees zijn vordering op 12 april 1551 uiteindelijk toe op de tweede en laatstgenoemde grond en nog wel in een *arrêt de règlement*. Dat *arrêt* zou vervolgens leiden tot artikel 39 van de Ordonnantie betreffende schenkingen van 1731 en tenslotte worden opgenomen als artikel 960 in de *Code civil* van 1804. Zonder de ondankbaarheid van Ferry had men in Frankrijk dat artikel wellicht moeten missen.

De lezer vraagt zich inmiddels ongerust af waar dit verhaal heengaat. Zou het niet ook gaan over de Privy Council en Romeins recht? U heeft gelijk. Het wordt tijd om over te gaan naar de Privy Council. Het verhaal van Charles Du Moulin en zijn broer Ferry is bekend. Minder bekend is de bijdrage die de Engelse Privy Council heeft geleverd aan de rechtsontwikkeling van het leerstuk van de herroeping van schenkingen bij de onvoorziene geboorte van kinderen van de schenker.

2.

De Privy Council, of beter gezegd de *Judicial Committee of the Privy Council*, was en is onder andere de hoogste beroepsinstantie voor veel huidige en voormalige *Commonwealth*-landen, overzeese gebiedsdelen van het *United Kingdom* en kroonkolonies.² In die hoedanigheid heeft de commissie de taak naar vele verschillende soorten recht te oordelen, omdat sinds *Calvin's Case* (1608)³ de leer van Sir Edward Coke geldt dat in landen veroverd op Christelijke vorsten de geldende wetten van kracht bleven, tenzij en totdat ze formeel waren vervangen door Engels recht. In gebieden veroverd op ongelovigen gold dat '*ipso facto* the laws of the infidel are abrogated, for that they be not only against Christianity, but against the law of God and of nature'.⁴ Dat nam niet weg dat de eerste gouverneur van Bengalen, Warren Hastings, bij de reorganisatie van de rechtbanken in zijn gebieden, bepaalde dat de Hindoes en Mohammedanen voor bepaalde religieus beïnvloede rechtsgebieden zouden blijven leven naar hun eigen recht en gebruiken. Toen Viscount Haldane in 1921 een voordracht hield over het werk van de *Judicial Committee* vatte hij dat als volgt samen.

We sit there to administer Buddhist law, or Hindu law, or Mohammedan law, one after the other. We administer Roman-Dutch law from South Africa or from Ceylon, or French law from Quebec, or the common law of England from Ontario, or curious mixtures of law which prevail in various colonies, sometimes Italian law, sometimes Roman. We sit there and do our best.⁵

Dat ging, zeker voor de hervorming van de Privy Council in 1833, niet altijd even goed. Met name de kennis van het Rooms-Hollandse recht ontbrak nogal eens. Een gunstige uitzondering vormde Sir William Grant, maar dat kwam vooral naar men zei, omdat hij twee jaar het Rooms-Hollandse recht in Leiden had gestudeerd.⁶ Soms ook liep het wel goed af voor de inboorlingen. Overbekend is het verhaal van de negentiende-eeuwse reiziger die het Rajputana plateau in India passeerde en daar een groep dorpelingen zag die offerden aan een god ver weg, die hun bepaalde landerijen had teruggegeven die een rajah hun had ontnomen. Op zijn vraag wie die god die zij vereerden dan wel niet was, antwoordden zij: 'We know nothing of him but that he is a good god, and that his name is

2 Vgl. over de geschiedenis van de Privy Council in het algemeen bijv. Sir Almeric Fitzroy, *The history of the Privy Council*, London, 1928

3 77 *ER* (*English Reports*) 377. Vgl. P.A. Howell, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876*, Cambridge, 1979, p. 9.

4 L.c.

5 Viscount Haldane 'The work for the empire of the Judicial Committee of the Privy Council', in: 1 *Cambridge Law Journal* 143 (1921-1923), op p. 154.

6 P.A. Howell, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876*, Cambridge 1979, p. 10.

the Judicial Committee of the Privy Council.⁷

Over het algemeen echter wordt het oordeel over de rechters die de commissie voor 1833 bevolkten het best verwoord door Kipling.⁸

Strangers of his Council, hirelings of his pay,
These shall deal our justice, sell - deny - delay.

In het begin van de achttiende eeuw viel het nog wel mee, toen rechters als Sir John Holt en Lord Mansfield soms zaten in wat toen nog de *Appeals Committee* heette. Vanaf 1763 werd het echter snel minder toen oorlogen met verschillende Europese staten het Empire verrijkten met, behalve Malta, Franse, Spaanse, Deense, Hollandse en Portugese kolonies. Eén van de destijds alleensprekende rechters van de commissie, Sir John Leach, *Master of the Rolls*, spande de kroon. Hij was zo snel in het bereiken van zijn oordeel - hij liet de advocaten niet uitspreken, zodra hij zijn oordeel had gevormd - dat de koets tussen Preston en Blackpool, bekend vanwege haar snelheid, naar hem genoemd werd.⁹ Dezelfde Leach had, toen *reports* van de uitspraken van de commissie in 1829 begonnen te verschijnen, geweigerd de raadslieden toe te staan zich daarop te beroepen, omdat de bekendheid van de commissie met het koloniale recht zo gering was, dat 'the decisions of the Privy Council could not be considered as a correct exposition ... [indeed] could never be deemed of sufficient authority to justify their publication'.¹⁰ Hij geeft hier blijk van enige zelfkennis, wat in zijn voordeel spreekt.

In 1830 werd Henry Brougham *Lord Chancellor* en die haalde de bezem door het Engelse recht, althans door de verschillende rechtbanken.¹¹ Ook de Privy Council kwam aan de beurt. Brougham pakte het probleem aan via de hervorming van het beroep van uitspraken van de *Admiral's Court* en de kerkelijke rechtbanken. Dat beroep werd tot dusverre behandeld door de zogeheten *High Court of Delegates*, wat niet meer was dan een opeenvolging van ad hoc commissies van door de Kroon benoemde gevolmachtigden. Omdat het hier om toepassing ging van *civil law*, er niet zo veel advocaten waren in *Doctors' Commons* en de drie of vier uitstekende *civilians* doorgaans druk bezig waren met hun praktijk, waren vaak slechts jongere leden van de civiele balie beschikbaar, die werden aangevuld met leden van de *common law* rechtbanken, die uit de aard van hun ambt niet of nauwelijks ervaring hadden met de *civil law* en dat ook niet kregen, omdat de samenstelling van de commissie in elke zaak een andere was. Brougham stelde voor deze juris-

7 Zowel Howell, o.c., als S.G. Bruzzone, *Das Privy Council als oberstes Gericht des Commonwealth of Nations*, Frankfurt a.M. 1990, beginnen hun werk ermee. Verwijzingen bij Howell, onder andere naar Viscount Haldane, l.c., p. 153.

8 Gecit. n. Howell, o.c., p. 8.

9 Howell, o.c., p. 12.

10 W. Burge, *Observations on the Supreme Appellate Jurisdiction of Great Britain as it is now exercised by the Courts of the Queen in Council and the House of Lords*, Londen 1841, p. 23; zie ook Howell, o.c., p. 17 e.v.

11 Vgl. over Brougham: Robert Stewart, *Henry Brougham 1778-1868, His Public Career*, Londen, 1985.

dictie over te hevelen naar de *Appeals Committee* van de Privy Council. Het voorstel werd door de *Ecclesiastical Courts Commissioners* verwelkomd, mits de *Appeals Committee* van de Privy Council geschikt werd gemaakt voor dat beroep door een voldoende aantal zittingsdagen vast te stellen, 'and some arrangement made for the attendance of Privy Councillors conversant with legal principles'.¹² Dat bood Brougham de gelegenheid om de werking van de beroepsprocedure van de Privy Council aan te pakken, met name door het aantal zittingsdagen uit te breiden en een vastere en meer juridisch gekwalificeerde samenstelling ervan te bevorderen. Deze wijzigingen vonden uiteindelijk hun beslag in de *Judicial Committee Act* van 1833, die aanzienlijke verbeteringen bracht en zou leiden tot de schepping van de moderne *Judicial Committee* van de Privy Council.

Vanaf 1833 tot 2009 deed de *Judicial Committee* zijn werk in de zogeheten *Council Chamber* met uitzicht op Downing Street, in een gebouw ontworpen door Sir John Soane. Met name het ontwerp van deze *Council Chamber* moest het ontgelden vanwege het extravagante karakter ervan, om nog maar te zwijgen van de slechte verwarming: één van de *councillors* vroeg en kreeg, nadat hij kou had gevat, toestemming een pruik te dragen. De kamer werd dan ook al in 1845 omgebouwd door Sir Charles Barry, die ook de huidige *Houses of Parliament* ontwierp. Na die verbouwing werd de kamer vooral vergeleken met een 'over-great dining-room'.¹³ Er stond een tafel waaraan de commissieleden zaten en waarop een lessenaar stond die de raadslieden gebruikten wanneer zij aan het woord waren. Dat betekende dat in deze rechtszaal de rechters opkeken tegen de advocaten. Bovendien voerden die het woord zo dichtbij dat rechters die doof waren geworden en elders niet meer konden functioneren in de *Judicial Committee* actief konden blijven. Toen één van hen werd gevraagd voor de commissie en tegenwierp dat hij oud, doof en stom was, kreeg hij van de *Lord Chancellor* Westbury te horen dat dat geen excuus was, 'for Chelmsford and I are very old, Napier is very deaf, Colvile is very stupid; but we four make an excellent tribunal'.¹⁴

Dankzij de behoefte die de *Judicial Committee* had om op de hoogte te raken van de verschillende rechtsstelsels en hun wetten, jurisprudentie en handboeken, ontstond er een steeds groeiende bibliotheek, een unieke collectie, waarzonder de commissie niet meer kon werken en die beslag nam van de *Council Chamber* zelf en steeds meer aanpalende vertrekken, zodat de commissie voor het eerst sinds het ontstaan van de rechtsprekende taken van de Privy Council aanspraak begon te maken op een vaste werkplaats en deze ook kreeg. Dat droeg in niet geringe mate bij aan verhoging van de kwaliteit van haar werk. Uiteindelijk werden de *Law Lords* vaste leden van de *Judicial Committee* van de Privy Council en sinds kort geldt dat voor de leden van de *Supreme Court*. Sinds 2009 doen beide gerechtshoven hun werk samen in het nieuwe gebouw van de hoogste Engelse rechters.

12 Gecit. n. Howell, o.c., p. 21.

13 Gecit. n. Howell, o.c., p. 175.

14 Gecit. n. Howell, o.c., p. 179.

Men vergeve mij deze uitweidingen, maar zij leken mij onontbeerlijk voor een goed begrip van het werk van de Privy Council.

3.

Quebec werd Brits in 1763 en viel sindsdien onder de jurisdictie van de Privy Council. Het vòòr de *Code civil* geldende Franse recht diende door de plaatselijke rechtbanken te worden toegepast. Het Franse recht was in Canada geïntroduceerd door een edict van 1663 en dat betekende dat latere Franse wetgeving, zoals de ordonnantie over schenkingen van 1731, niet vanzelf in Frans Canada, de latere Engelse provincie Quebec, ging gelden. De jurisprudentie van het Parlement van Parijs was derhalve de belangrijkste kenbron van het recht van Quebec.

Zo kon het gebeuren dat de Privy Council geroepen was in 1880 te oordelen over de receptie van Romeinsrechtelijke regels voor de herroeping van schenkingen door de onverwachte geboorte van kinderen van de schenker, 'par la survenance d'enfants du donateur'.¹⁵ Dat brengt mij terug bij Charles Du Moulin en zijn ondankbare broer Ferry.

Bij notariële akte van 29 mei 1866 had Marie Anne Claire Symes aan haar tante van moederszijde, mw Delisle, geboren Marie Angélique Cuvillier, een lijfrente van £150 geschonken in trust voor de vijf dochters van tante 'pour partie de leurs frais et toilette et autre petits besoins personnels'. Dat bedrag vertegenwoordigde een hoofdsom van £2500 dat na het overlijden van hun moeder zou toekomen aan de dochters. Marie Symes was enig kind en na het vroegtijdig overlijden van haar moeder was zij grootgebracht door een andere tante, de zus van mw Delisle. Haar vader overleed niet veel later. Marie Symes erfde een aanzienlijk vermogen van ongeveer één miljoen dollars. Toen zij bij haar tante woonde, kwam zij veel bij haar nichten over de vloer, de dochters van mw Delisle. Toen zij meerderjarig werd schonk zij, na overleg met haar juridisch adviseur Sir George Cartier, het genoemde bedrag. In 1869 vertrok zij naar Engeland. daar huwde zij in augustus 1872 de markies de Bassano, een Fransman. In november 1873 en november 1874 werden kinderen uit dat huwelijk geboren. Na de geboorte van haar eerste kind erkende Marie Symes per brief de schenking. Ze betaalde de jaarlijkse bedragen tot en met november 1875.

In januari 1876 ging het echtpaar naar Canada en daar hoorde de nieuwbakken markiezin voor het eerst dat naar het recht van Quebec de schenking zou zijn herroepen door de geboorte van haar kinderen. Ze besloot toen de schenking te verwerpen en deed geen verdere betalingen meer. Mw Delisle en haar echtgenoot spraken toen het echtpaar De Bassano aan tot betaling van twee achterstallige termijnen van de lijfrente. In eerste instantie werd de vordering afgewezen, maar in hoger beroep werd zij toegewezen. Daarop volgde het beroep op de Privy Council van het markiezen-echtpaar.

¹⁵ *Symes v. Cuvillier*, [1880] 5 App. Cas. 138; [1880] UKPC 12.

4.

De zaak moest worden beslist op grond van het recht dat gold voor de invoering van de *Civil Code* van Lower Canada. Die was op 1 augustus 1866 ingevoerd, twee maanden na de schenking in kwestie. Artikel 812 van dat wetboek bepaalde: 'In gifts the subsequent birth of children to the donor does not constitute a resolute condition, unless it is so stipulated.' Had dat wetboek al gegolden ten tijde van de schenking dan had de vordering moeten worden toegewezen en zou het beroep hebben gefaald.

De Privy Council diende dus zijn beslissing te baseren op het Franse recht dat door het edict van Lodewijk XIV van 1663 was ingevoerd in Franse Canada. Wat betreft de te beslissen kwestie gold de lex *Si umquam* uit de Codex van Justinianus.

Die constitutie luidt als volgt.

C.8,55,816

Idem AA ad Orfitum pu. Si umquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac dicione mansurum. D. v. K. April. Arbitrione et Lolliano cons.

Dezelfde keizers¹⁷ tot Orfitus, Stadsprefect. Indien ooit een beschermheer die geen kinderen had, zijn gehele vermogen of een gedeelte van zijn have bij wijze van schenking aan zijn vrijgelatenen heeft toebedeeld, en daarna kinderen heeft gekregen, moet alles wat hij geschonken heeft, terugkeren om in de beschikkingsmacht en de zeggenschap van de desbetreffende schenker te blijven. Uitgegeven op 28 maart tijdens het consulaat van Arbitio en Lollianus. [355]

In de zaak van Charles en Ferry Du Moulin ging het om dezelfde tekst. Sinds de glossatoren was de vraag aan de orde of deze constitutie alleen gold voor schenkingen gedaan door patronen aan hun vrijgelatenen -en zij dus in de praktijk niet meer behoefde te worden toegepast-, of dat zij in het algemeen op schenkingen van toepassing was. De Accursische Glosse gaf de voorkeur aan de ruime interpretatie van de constitutie, maar Azo stond de enge interpretatie voor. Sinds Bartolus echter werd de ruime interpretatie *communis opinio*. In de praktijk werd de constitutie toegepast, hoewel er in de literatuur nog bezwaren werden gemaakt, zoals door Donellus en Voet. Ook in het Rooms-Hollandse recht werd de regel in de ruime zin toegepast, zoals blijkt uit de *Inleidinge* (3,2,18) van Hugo de Groot.

De schenkingen bij iemand ghedaen van alle sijn goed ofte een merckelick deel van dien, ofte een

16 Vgl. Cod. Theod. 8,13,3. De vertalingen van teksten uit het Corpus Iuris zijn ontleend aan *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, onder red. van J.E. Spruit e.a., Zutphen 1993 e.v.

17 Constantius en Constans. Klein probleem: Constans was al in 350 gestorven.

stuck van seer groote waarde ten tijde als hij gheen kinderen en hadde, bochte waerschijnelick en dachte te krijghen, werd vernietigt indien hy daer nae kinderen teelt, ende de selve nalaet wettelick geboren, ofte andersins gewettigt.

De ratio van de bepaling werd geacht te zijn dat een schenker die geen kinderen had en ze ook niet dacht te krijgen, de schenking niet zou hebben verricht als hij geweten had dat hij alsnog kinderen zou krijgen. Er werd daartoe een stilzwijgende voorwaarde aangenomen in dergelijke schenkingen dat de schenker niet alsnog kinderen kreeg.

Het Parlement van Parijs paste in zijn praktijk ook de ruime interpretatie toe. Dat was dan ook niet zozeer de kwestie waar het over ging in de zaak van de broers Du Moulin. Ferry voerde als verweer tegen de terugvordering van Charles aan dat het hier niet een werkelijke schenking uit zuivere vrijgevigheid betrof, maar een schenking die tot doel had het hem mogelijk te maken een gunstig huwelijk te sluiten. Een huwelijk bracht lasten met zich mee. Ter bestrijding daarvan was de schenking bedoeld geweest.

5.

Ferry's verweer was gebaseerd op de lex *Aquilius Regulus*, D. 39,5,27. Daaruit leidde de doctrine een onderscheid af tussen echte schenkingen en schenkingen gedaan ter vergelding van een al verrichte of nog te verrichten prestatie.

D. 39,5,27

Papinianus libro vicensimo nono quaestionum Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: 'quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitari in illo cenaculo eoque uti'. defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re meum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse...

PAPINIANUS, *Rechtsvragen* XXIX. Een jongeman, Aquilius Regulus, schreef aan de redenaar Nicostratus het volgende: 'Omdat u altijd de metgezel van mijn vader bent geweest en u mij hebt gevormd met uw welsprekendheid en aandacht, schenk ik u en sta ik u toe het recht om te wonen in dat en dat appartement en er gebruik van te maken'. Nadat Regulus was overleden, werd Nicostratus gedaagd in een geschil over het recht van bewoning; en toen hij deze aangelegenheid met mij besprak, heb ik mij op het standpunt gesteld dat verdedigd kon worden dat het hier niet om een zuivere schenking ging, maar dat Regulus met een bepaalde tegenprestatie de diensten van zijn leermeester had beloofd en dat daarom de schenking voor de [op Regulus' dood] volgende tijd niet geacht kon worden ongeldig te zijn...

De gedachte die ten grondslag ligt aan dit onderscheid tussen zuivere schenkingen en

schenkeningen gedaan ter beloning is dat de laatste categorie geen echte schenkingen betreft, maar een nakoming van een verplichting van moraal en fatsoen, van een natuurlijke verbintenis, die hoewel rechtens niet afdwingbaar, niet kan worden teruggevorderd wanneer zij vrijwillig is verricht.¹⁸ De vraag was derhalve of er tussen broers sprake was van een dergelijke verplichting om in de kosten van een huwelijk bij te dragen. Volgens de heersende leer bestond er wel een dergelijke verplichting tussen de aanstaande echtelieden en tussen ouders en kinderen. Wat betreft de ouders kon dit worden gezien als het bij voorbaat uitkeren van het erfdeel aan het kind, wat zeker ten belope van de legitieme portie kon worden gezien als het nakomen van een natuurlijke verbintenis. Een dergelijke verplichting gold voor een broer echter niet. Om die reden deed het Parlement van Parijs op 12 april 1551 uitspraak ten gunste van Charles en wel in rode toga's. De 'robes rouges' trokken de raadsheren van het Parlement aan wanneer zijn een *arrêt de règlement* wezen. De uitspraak luidde dat 'la donation faite par le frere à son frere puisné, par contract de mariage, a esté revoquée par la naissance des enfants du donateur.'¹⁹ Charles kreeg zijn vermogen terug.

6.

In februari 1731 werd deze regel tot geldend recht verheven voor geheel Frankrijk, doordat Lodewijk XV hem opnam in zijn Ordonnantie betreffende de schenkingen. Artikel 39 van die Ordonnantie luidde als volgt.

Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans ou descendans actuellement vivans dans le tems de la Donation, de quelque valeur que lesdites Donations puissent être, & à quelque titre qu'elles ayent été faites & encore qu'elles fussent mutuelles ou remuneratoires, même celles qui auroient été faites en faveur de mariage par autres que par les Conjoints ou les ascendans, demeureront revoquées de plein droit, par la survenance d'un enfant légitime du Donateur même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre sorte de légitimation.

Alle schenkingen onder de levenden, gedaan door personen die ten tijde van de schenking geen kinderen of afstammelingen in leven hadden, onverschillig welke de waarde is van die schenkingen en onder welke titel zij zijn gedaan, ook de wederkerige schenkingen en de schenkingen tot vergelding van diensten, zelfs de schenkingen ten voordele van het huwelijk gedaan aan de echtgenoten door andere personen dan door de echtgenoten of door de bloedverwanten in de opgaande lijn, blijven van rechtswege herroepen door de geboorte van een wettig kind van de schenker, al is het na zijn dood geboren, of door de wettiging, bij opvolgend huwelijk, van een natuurlijk kind, en niet door enige andere wijze van wettiging.

¹⁸ Vgl. D. 5,3,25,11.

¹⁹ Loüet-Brodeau, Dec. LII, p. 316-321.

Ondanks verzet van Treilhard en Tronchet in de *Conseil d'Etat*,²⁰ kwam een soortgelijke bepaling in de *Code civil* terecht. Zij is artikel 960 en luidde als volgt.

Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre quelles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.²¹

Het Belgisch Burgerlijk Wetboek bood de volgende tekst.

Alle schenkingen onder de levenden, gedaan door personen die ten tijde van de schenking geen kinderen of afstammelingen in leven hadden, onverschillig welke de waarde is van die schenkingen en onder welke titel zij zijn gedaan, ook de wederkerige schenkingen en de schenkingen tot vergelding van diensten, zelfs de schenkingen ten voordele van het huwelijk gedaan aan de echtgenoten door andere personen dan door de bloedverwanten in de opgaande lijn of door de echtgenoten onderling, blijven van rechtswege herroepen door de geboorte van een wettig kind van de schenker, al is het na zijn dood geboren, of door de wettiging, bij opvolgend huwelijk, van een natuurlijk kind, indien het na de schenking geboren is.²²

Zo kreeg het *arrêt de règlement* uit de zaak van Charles Du Moulin een plaats in de *Code civil*, tot voor kort in deze vorm.

Deze bepaling en die van de Ordonnantie golden echter niet in de zaak van de markiezin de Bassano. Thans is bepaald dat alle schenkingen ongeacht hun waarde kunnen worden teruggevorderd in geval van geboorte van kinderen van de schenker. Hetzelfde gold krachtens de Ordonnantie van 1731. De markiezin nam ook dit standpunt in. Vaststond

20 Vgl. bijv. François Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Paris, 1887, vol. 13, n. 54.

21 Het huidige art. 960 wijkt enigszins af: Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier.

De wijziging is aangebracht bij wet van 23 juni 2006 en betreft het gecursiveerde gedeelte. De belangrijkste wijziging betreft de eis dat de herroepingsmogelijkheid bij de schenking moet zijn overeengekomen. Bovendien werkt de herroeping niet meer van rechtswege, maar moet worden ingeroepen. Door deze wijzigingen heeft het artikel zijn bijzondere karakter verloren. Vgl. art. 812 van de *Civil Code* van Lower Canada, hiervoor in de tekst, onder nummer 4, aangehaald.

22 Het artikel is in België opgeheven bij wet van 31 maart 1987.

namelijk in haar zaak dat de schenking die zij ten behoeve van haar nichten had gedaan slechts een honderdste deel van haar vermogen betrof. De vraag was derhalve wat het Franse recht, of beter gezegd het recht van de jurisdictie van het Parlement van Parijs, was in 1663.

7.

Na te hebben vastgesteld dat de *lex si umquam* in Frankrijk algemeen werd toegepast bij schenkingen, stelde de *Judicial Committee* vast dat de bepaling niet overal in Frankrijk werd toegepast ongeacht de waarde van de gedane schenking. De commissie oordeelde bij monde van Sir Montague E. Smith en stelde voorop dat het niet slechts ging om een interpretatie van de *lex si umquam*, maar dat het costumiere recht, zoals toegepast door de Parlementen de toepassing van de Romeinsrechtelijke regel had kunnen beïnvloeden. De tekst van de constitutie spreekt immers over een gedeelte van het vermogen van de schenker, *partem aliquam*. Een aantal schrijvers had dan ook betoogd dat het niet uitmaakte welk deel van het vermogen was weggeschonken, zoals ook de Ordonnantie later zou bepalen. Cujas nam het standpunt in dat alleen bovenmatige schenkingen konden worden herroepen.²³

Merlin gaf in zijn *Répertoire* de staat van het oude recht weer en beschreef de onzekerheid die op dit punt in de jurisprudentie heerste.²⁴

Avant la promulgation de l'ordonnance de 1731, on disputait beaucoup sur la question de savoir jusqu'où devait s'étendre une donation pour qu'elle fût sujette à être révoquée par survenance d'enfants. Les uns voulaient qu'elle fût au moins de la moitié des biens du donateur, les autres soutenaient qu'il suffisait qu'elle fût de quelque partie, même au-dessous de la moitié. La jurisprudence n'était pas moins incertaine à cet égard.

Du Moulin wordt ook nog aangehaald, die vond dat de schenking slechts kon worden herroepen wanneer die *de majore parte bonorum* was. Dat zou blijken uit een *arrêt* van het Parlement van Bordeaux van 1602 uitgesproken 'en robes rouges'. Het Parlement van Toulouse had evenwel geoordeeld dat schenkingen van afzonderlijke zaken ook konden worden herroepen, evenals schenkingen van een deel van een vermogen. Het Parlement van Parijs had die mogelijkheid in 1656 echter beperkt tot de schenkingen van een deel van een vermogen.

De onduidelijkheid die heerste in de jurisprudentie werd als volgt weergegeven door Sallé

23 *nec enim est absolute hoc verum donationem filium postea susceptum revocare; sed ita distinguendum est; aut immensa est donatio, aut non, et aut mera est donatio, aut non; immensam donationem liberi postea suscepti revocant; hic non fuit immensa, sed sextantem tantum donavit.*

Verwezen wordt naar de *Opera*, Napels 1758, vol. 9, 31c.

24 Philippe Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Parijs 1812 e.v. (4^e dr.), s.v. Donation, sec. 7.

in zijn commentaar op de Ordonnantie van 1731.²⁵

En considérant la jurisprudence des arrêts, on ne trouve point non plus stabilité, ni d'uniformité. Dans ceux qui ont prononcé la révocation des donations par survenance d'enfans, il y a des donations qui étaient de la moitié, d'autres du tiers, et d'autres d'une chose particulière.

Het bleek derhalve lastig een regel te geven in welke verhouding de schenking diende te staan tot het vermogen van de schenker om herroeping toe te staan. Dit leidde naar het oordeel van de *Judicial Committee* tot een ontwikkeling die de mogelijkheid van herroeping afhankelijk maakte van de omstandigheden van het geval. Daarbij was vooral van belang de vraag of de schenker de schenking verricht had als hij op het ogenblik van schenken gedacht had aan de geboorte van kinderen.

Als gezag voor dat standpunt haalde de commissie een arrest van het Parlement van Bordeaux aan van 2 juni 1570. Daarin staat de overweging te lezen dat de schenking gedaan door een dame van 10.000 livres herroepbaar was 'moyennant qu'y ait apparence que le donateur n'eût pas fait telle donation s'il eut pensé avoir des enfans'. Dit uitgangspunt bleek door schrijvers en gerechtshoven uiteindelijk te zijn overgenomen. Ten bewijze daarvan haalde commissie onder andere De Ferrière aan, die in zijn commentaar op *La Coutume de Paris* het volgende over de herroepingsmogelijkheid stelde.²⁶

Cette question, à mon avis, ne se peut décider que sur les circonstances qui se tirent des biens du donateur, des choses données et de leur valeur, et de la personne du donataire; il faut examiner si le donateur n'auroit pas donné, s'il avoit sçu avoir des enfans.

Na nog enige auteurs te hebben aangehaald concludeerde de commissie dat in Frankrijk voor de ordonnantie van 1731, maar op zijn minst in de jurisdictie van het Parlement van Parijs de regel luidde 'that donations were not revoked by the birth of children, when the property given was not of large value in relation to the entire estate of the donor, and it could be presumed, from the circumstances of the particular case, that the gift would have been made if the donor had contemplated the birth of children.'²⁷

Vervolgens rekende de commissie nog af met de opvatting dat de Ordonnantie van 1731, die de herroeping bij elke schenking, hoe gering ook, toeliet, slechts een weergave was van reeds geldend recht. Met name de exclusiviteitsclausule van artikel 47 van de Ordonnantie, die al het andere recht met betrekking tot schenkingen afschafte was daarbij doorslaggevend en toonde volgens de commissie aan dat de Ordonnantie niet slechts een vastlegging van geldend recht behelsde, maar op dit en andere punten nieuw recht

25 Jacques Antoine Sallé, *L'esprit des deux ordonnances de Louis XV, sur les donations et sur les testaments*, Parijs 1754.

26 Claude de Ferrière, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de la ville Paris*, Parijs 1679, vol. 2, tit. 13.

27 *Symes v. Cuvillier*, [1880] 5 App. Cas. 138, op p. 155.

introduceerde. Van overname van de Ordonnantie in Canada na 1731 was ten slotte niets gebleken, zodat de commissie ertoe over kon gaan te onderzoeken of in dit geval de schenking herroepbaar was. De schenking was volgens haar niet bovenmatig groot in verhouding tot het vermogen van de markiezin. Het ging, zoals gezegd, om een honderdste deel van het vermogen van Marie Symes. Een dergelijke verhouding was nooit beschouwd geweest als excessief. Een schenking van minder dan een zesde deel van het vermogen was in geen enkele uitspraak als herroepbaar geoordeeld.

8.

Zou Marie de schenking ook hebben verricht als zij de geboorte van kinderen in haar overwegingen had betrokken, was ten slotte de vraag die de *Judicial Committee* diende te beantwoorden. Alles wees er volgens de commissie op dat dit het geval was. Marie had vele jaren in het gezelschap van haar nichten doorgebracht. Het was aannemelijk dat toen zij een flink vermogen erfde, dat zij de nichten iets wilde schenken. Zij gaf hun een bedrag voor persoonlijke voorwerpen, omschreven als volgt: 'pour partie de leurs frais de toilette et autres petits besoins personnels'. Haar moeder had er bij haar op aangedrongen haar verwanten een deel van haar vermogen te geven. De commissie concludeerde derhalve dat Marie de schenking ook zou hebben verricht als zij de geboorte van kinderen in haar overwegingen had betrokken. De commissie ging zelfs nog een stap verder en vond dat zij die mogelijkheid wel degelijk in haar overwegingen had betrokken. 'It is difficult to suppose that this lady, possessed of great attractions, and of great wealth, and whose letters display much intelligence and forethought, did not contemplate the probability of marriage.'²⁸

Dit keer liep het dus slecht af voor de schenker en nog wel mede dankzij een duit die Charles Du Moulin in het zakje deed. De Privy Council had hier te beslissen over de receptie van de *lex si umquam* en haar praktische toepassing in het Franse, althans Parijse recht van voor 1731 en deed dat op indrukwekkende wijze. Men vergete derhalve nooit dat men voor vragen van receptie van Romeins recht ook in rechtspraak uit onverwachte hoek dient te kijken, bijvoorbeeld uit de 'over-great dining-room' in Downing Street.

Eén vraag blijft echter onbeantwoord en die luidt: wat had het de rechtswetenschap nog meer opgeleverd als Ferry Du Moulin zich wel dankbaar had betoond en Charles niet was getrouwd? We zullen het niet weten, want Charles kwam op tijd bij zinnen en zag dat er meer is in de wereld dan rechtswetenschap alleen.

F. Brandsma

Groningen

28 *Symes v. Cuvillier*, [1880] 5 App. Cas. 138, op p. 159.

